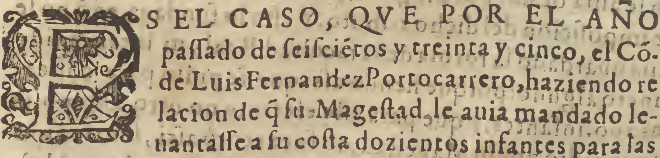


POR LA MARQVESA DE ALMENARA, COMO TVTORA Y CVRADORA DEL CONDE DE PALMA su hijo, nieto de el Conde Luis Fernandez Portocarrero,

EN EL PLEYTO CON EL DOCTOR AGVSTIN DEL CARPIO COMO ADMINISTRADOR DE LOS BIENES de Don Luis Aluàres, hijo y heredero de Antonio Perez de Aluâres.



ES EL CASO, QVE POR EL AÑO passado de seiscietos y treinta y cinco, el Cõde Luis Fernandez Portocarrero, haziendo relacion de q̃ su Magestad le auia mandado leuantasse a su costa dozientos infantes para las ocasiones de guerra presentes, y que se hallaua alcançado y sin dinero proprio, como era necessario para hazar este seruicio, pidio a su Magestad licencia y facultad, para tomar diez mil ducados de principal a tributo, sobre los bienes y rentas de su Estado y Mayorazgo. Y se le concedio en doze de Agosto de mil y seiscientos y treinta y cinco, paraque pa

ra este efecto, y no otro alguno, pudiesse tomar a censo y tributo los dichos diez mil ducados. Las palabras de la facultad son estas.

Aueis ofrecido seruirme en las ocasiones presentes, con leuantar a vuestra costa docientos infantes; para cuyo efecto porque no os halleis con comodidad de dineros, teneis necessidad de imponer a censo diez mil ducados sobre vuestra Casa y Mayorazgo. Et paulo infra. *Doy licencia a vos el dicho Conde de Palma, para que para el dicho efecto, y no otro alguno, podais imponer, e impongais sobre los bienes y rentas de la dicha vuestra Casa, Estado y Mayorazgo, el censo al quitar que se montaren los diohos diez mil ducados, &c.*

Vsando el Conde de esta facultad, otorgò escritura publica en 27. dias del mes de Mayo de 1636. años, por la qual impuso diez mil ducados de tributo y cẽso perpetuo sobre los bienes de su Estado y Mayorazgo, en fauor de Don Luis de Aluàres, y por ellos 187U500. marauedis de renta en cada vn año; y confessò auer recebido los dichos diez mil ducados en moneda de vellon, por mano de Christoual de Salazar su Cõtador: y el Escriuano dio fee, como en su presencia recibio el dinero el dicho Christoual de Salazar, de mano de Don Luis de Aluàres.

En cinco de Iulio de seiscientos y quarenta y vn años, presentò esta escritura de imposicion de tributo el Doctor Agustin del Carpio, como Administrador de los bienes de Don Luis Aluàres su sobrino, y pidio execucion por 15U173. reales, de lo corrido hasta fin de Abril de 641. Y auiendo citado de remate a la Marquesa de Almenara, como tutora del Conde de Palma su hijo, se opuso a la execucion, pretendiẽdo se auia de dar por ninguna, por auer sido nula la escritura de imposicion del dicho tributo. Y esto lo fundaua, enq̃ no se auia guardado la forma de la facultad Real, ni interuenido dinero alguno: porque siendo assi que se pidio para costear los 200. infantes, y que para este efecto, y no otro alguno, se le concedio por su Magestad, no se executò assi, sino se conuirtio la imposicion en satisfazer al dicho Don Luis Aluàres, como heredero de Antonio Perez de Aluàres su padre, diez mil ducados que le debia el Cõde Luis Fernandez Portocarrero, y le fingio auer entregado el dicho D. Luis realmente y con efecto, los diez mil ducados del principal del dicho tributo, que fue el fin para que se pidio la facultad, aunq̃

A

se le

se le propuso diferente causa a su Magestad para que la concediesse; y que no lo hiziera si se le manifestàra el fin cierto y verdadero para què se pidio. Y que aunque dio fee el Escriuano del entrego del dinero, fue supuesto para q̃ la pudiesse dar, auiendolo traido del arca del Posito, y de casa de otros vezinos que para este efecto le prestaron, y luego se les boluio. De suerte, que ni Don Luis de Aluàres desembolsò dinero alguno, ni el Conde imponedor lo recibio, ni otra persona por èl, ni se hizo la leua de los docientos infantes. Y concluyô, auer sido todo simulado y fingido, y como tal no poder causar perjuyzio al sucessor en el Estado y Mayorazgo del Conde de Palma. Y todo lo que consiste en hecho, lo probò con doze testigos, excepto el no auerse hecho la leua de los docientos infantes: porque todos contestan en que se hizo, y que fue a costa del Concejo de la Villa de Palma, que quiso hazer esse seruicio al Conde; y que fue de modo, q̃ no gastò en ello vn marauedi desde que se començò a hazer la leua hasta que se embarcaron los soldados.

Replicose por parte del Doctor Agustin del Carpio, que esta excepcion no era de la via executiua, por requerir mas alto conocimiento de causa, y que todos los testigos de q̃ se valia la Marquesa, eran sus vassallos, y como tales dixeron apassionadamente: alargandose a dezir, que Antonio Perez de Aluàres fue cobrando salarios del Conde, aun despues de auer dexado la administracion de su Estado, constando que no fue assi, y que lo que cobrò fue por razõ de los interesses que se le causauan a su hazienda, por los tributos que auia tomado sobre ella para pagar deudas del Conde. Y cierra el discurso, con que el efecto para que se concedio la facultad Real, que fue la leua y conduccion de docientos infantes, se consiguio; y q̃ esso basta para excluir la nulidad de la imposicion del dicho tributo.

Vistos los autos por el Alcalde Don Iuan de Leon, pronũciò sentencia en que dio por ninguna la execucion. De que se apelò, y està concluso para determinar en vista de los mismos autos. Y que se deua confirmar la sentẽcia del Alcalde, no admite duda, por los fundamentos siguientes.

N. 1. *Lo primero*, porque con muchos testigos està probado, que entre el Conde de Palma y Don Luis Aluàres, se tratò y cõcertò que pidiesse facultad a su Magestad, para imponer sobre

sobre su Estado y Mayorazgo diez mil ducados de tributo principal para efecto de hazer la leua delos docientos infantes, y que despues haria la imposicion en fauor del dicho D. Luis, en parte de pago de lo que le debia, como a heredero de Antonio Perez de Aluares su padre. Y assi lo hizo y executò el Conde, pidiendo la facultad con relacion deque auia menester el dinero para hazer la leua de los docientos infantes: conque no se puede negar que la dicha facultad se ganô subrepticiamente. Subreptio quippè est falsa narrare, & tacere vera: *cap. super litteris, de rescriptis* Latè Speculat. *eod. tit.* §. 8. ac per consequens el auer sido nulla, *l. etsi legibus, C. si cõtra ius, vel vtilitatem pub.* vbi Salyc. & cæteri DD. bene Bart. & Bald. *in l. præscriptione, C. eod. tit.* etiam si subreptio minimè sit dolosa. Butrius, Immola, & Felin. *in d. c. super litteris, num. 2. versic. limit. tertio.* Y este efecto de nulidad obra la subrepcion ipso iure en qualquier rescripto de gracia, *c. fin. de filijs præsbyt. in 6.* ibi *Veluti per subreptionẽ obtenta nullius penitus est momenti.* Notãt ibidem communiter DD. y en terminos de facultad Real docet Mieres *de maiorat. p. 1. q. 7.* Auendaño *de censib. cap. 63. n. 14.* licèt contrarium dispositũ sit in rescriptis iustitię, quæ valida sũt, donec ope exceptionis elidantur. *c. si autem, c. plerique de rescriptis.* & de ratione differentiæ videndus est Abb. *in c. ad audientiã el 2. n. 14. de rescrip.* Cõque la imposicion del dicho tributo vino a quedar desnuda de facultad Real, y no se puede sustẽtar por ser verdadera especie de enagenacion, ex latè traditis à Feliciano *de censib. tomo 1. lib. 2. c. 3. á num. 15.* conducit Dominus Molina *de primog. lib. 4. c. 1. à num. 7.* el señor Don Iuan del Castillo *lib. 5. tomo 1. c. 65. num. 33.* Y en bienes de Mayorazgo toda enagenaciõ es prohibida ipso iure, Molina *d. c. 1. per tot.* Y que prohibida la enagenacion, se tenga por prohibida la imposicion de censo, o tributo, docuit Baldus *in c. 1. §. 1. tit. per quos fiat inuestitura, num. 2. & 3.* Paulo Æmilio *dec. 17. lib. 1.* Mastrillo ad Greg. *de censib. q. 9. nu. 31.* arg. *l. fin. C. de rebus ali. nõn alie.* & in expresso quod census imponi non possit sobre bienes de Mayorazgo, docet Feliciano *dicto num. 15.* Auendaño *de cẽsibus, cap. 62. num. 5. & 6.* el señor Don Iuan de el Castillo *d. cap. 65. n. 45.* Fusarius *de substitutionib. q. 706.* Nouissimè Leonard. Duardus *de censibus, p. 1. §. 1. q. 7.* vbi mirificè explicat, & cum distinctione resoluit.

La

N.2. *Lo segundo*, porque este tributo se impuso sin auer dinero de contado, como se requeria para su validacion y subsisten tia, etiam secluso motu proprio Pij Quinti, vt docet cũ mul tis Felicianus *de censib. tomo 1. lib. 1. c. 8. à n. 12. & latiùs tom. 2. eod. lib. c. 8. n. 6.* Porque aunque se puso dinero presente para que diesse fee el Escriuano, del entrego y numeracion actual, fue todo ageno, y traido solo para esse efecto, parte del arca del Posito, y parte que dieron diferentes vezinos Y otorgada la escritura de imposicion, todo se boluio a sus dueños, sin que Don Luis desembolsasse, ni aun pusiesse de manifiesto mara uedis algunos: y assi està probado plenissimamente con tes- tigos de vista, y que deponen de su proprio hecho. Y con se- mejante circunstancia, que la imposicion de censo y tributo sea en si ninguna, està decidido en diferentes tiempos por la Rota Romana. Farinacius *cõs. 54. lib. 1. n. 23.* Leonard. Duard. *in decisionib. post tractatum de censibus, decis. 432. n. 4.*

N. 3. Y quando se nos oponga, que no se requiere para la vali- cion del censo que el dinero se entregue de contado, y q̃ bas ta (segun dixeron algunos) que se imponga de dinero antes debido ex alia causa, como en el caso presente se pretende le era debido al dicho Don Luis de Aluares, facilis cuitatu erit obiectio: tunc, quia la parte de Don Luis no tiene aueriguado, ni aun alegado cosa alguna en quanto a que se le debian los dichos diez mil ducados, siendo assi que le incumbia el probar, que justamente se le debiesse por el Conde tanta cã- tidad, como fundamento de su objeccion, para excluir la nu lidad del censo por defecto de entrego del dinero, vt latè re soluunt Rodrig. *de reditibus, lib. 1. q. 13. n. 4. vers. Ex quo etiam infertur.* Mastrillus *in additione ad Greg. de censib. q. 5. nu. 179.* Tunc, quia pudiera proceder, si el debito fuera de el mismo Mayo- razgo; como si siendo carga y obligacion de los mismos bie nes el seruir a su Magestad con los 200. infantes, D. Luis hu- uiera prestado los diez mil ducados para costearlos, y des- pues ganàra facultad Real para tomar el dinero a cẽso, y pa- gar a Don Luis: porque entonces pudieramos dezir, que el censo estaua legitimamente impuesto; porque aũque no hu uiesse auido dinero de contado, bastaua quòd antea verè de bita esset pecunia. Mas no auiendo passado assi, sino siendo el debito del Conde por si proprio, cargarlo sobre el Mayo- razgo, lo cõtrario se à de dezir; pues no se puede negar quod

pecunia non erat antea verè debita; pues aunque la debiesse el Cõde como particular, no la debia el Mayorazgo: que en este caso viene a ser el verdadero imponedor: Maiorat'enim agit, loquitur, & patitur, teste Marino de Frecia de subfeudis *lib.2.n.27.* ibi: *Feudum agit, conuenitur, loquitur, & patitur, feudo fertur sententia, & contra feudum; nec enim refert quæ sit imago, sed quæ sit substantia rei, l. vnica, C. de latina libert. tollend.* Refert, & sequitur D. Christoual de Paz *de tenuta, c.43 n.8.* el señor Don Iuan de el Castillo *lib.5.c.157.n.37.* Y esto basta para que se nos confiesse que el tributo se impuso sin auer debito precediente: de quo est txs apertus *in l. in summa 65. §. fin. ff. de condict. indebit.* ibi: *Indebitum est, non tantùm quod omnino non debetur, sed & quod alij debetur, si alij soluatur; aut si id quod alius debebat, alius quasi ipse debeat, soluat.*

N. 4. *Lo tercero*, porque la causa final que tuuo su Magestad para conceder la dicha facultad, fue el auerse de conuertir los dichos diez mil ducados, en el auîo y despacho de los docientos infantes: y por esta consideracion expressamẽte dixo en ella; Que la concedia para q̃ se conuirtiesse en el dicho efecto, y no en otro alguno. Dictio enim *para*, latinè *vt*, causam finalem importat, ad tradita per Cenedo *singulari 20.n.1.* el señor D. Iuan del Castillo *lib.5.cap.119.n.22.* Et probatur apertè per text. *in l. cùm alimenta, §.1. ff. de alim. & cib. leg.* ibi: *Illam autem adiectionem, vt habeat vnde se pascat magis ad causam, &c.* Y esta causa final no fue cierta, pues en execucion de lo tratado entre el Conde y Don Luis Aluàres, hizo imposicion de tributo para pagar deuda propria que de tiempo antes le debia: Causa autem finali deficiente, omnis dispositio & actus, qui geritur, deficit, *l. cùm te fundum*, vbi Bald. & Castr. *C. de pactis*, el señor Don Iuan del Castillo *lib.5.c.172.n.26.* & vera nõ existente actus redditur nullus, *cap. cùm contingat, de rescriptis, cap. susceptum, eod. tit. in* 6. Abb. *consf.41. lib.1.* Pereg. *consf.8. nu.4. vol.1.* & *consf.87. n.8. vol.3.* Giurba *decis.108. n.22.*

N. 5. Y aunque la facultad no se huuiera concedido con tan expressa prohibicion, de que el tributo no se pudiesse imponer para otro efecto que no fuesse la leua de los docientos infantes, toda via fuera en si ninguna la imposicion de tributo de que tratamos. Para cuya comprobacion es texto expresso *in l. cum seruo, respons.1. ff. de contrah. empt.* donde si el esclauo, o Procurador que tiene poder para vender a persona cierta, vẽde

a di-

a diferente persona, la venta no vale: *Cum seruo* (inquit Iabolenus) *dominus rem vendere certæ personæ iusserit; si alij vendidisset, quam cui iussus erat, venditio non valet. Idem iuris in libera persona est.* Y en terminos de Mayorazgo docuit Greg. *in l.6. tit.11. parte* 6. *col.* 9. *vers. Item pone.* Sequitur Molina *d. lib.4. c.5. à n.30.*

N.6. Y no es dubitable, que si a su Magestad se le manifestàra q̃ el tributo se auia de imponer para en pago de lo que el Conde debia a Don Luis Aluàres, no cõcediera la facultad: pues conforme a derecho, no se puede ni debe conceder para enagenar bienes de Mayorazgo, sin justa causa; q̃ no lo es el pagar deudas del posseedor: y solamente tiene esta calidad la causa de ser para seruir al Rey en la guerra, o para reparar los bienes del Mayorazgo, o mejorarlos con vtilidad euidente. Molina *de primog. lib.4. c.3. n.1. & 2* Et exinde subreptitiã esse facultatem Regalem plurimis laudatis, cõstituit Auendaño *de censib. c.62. n.22. versi. Et similiter,* ibi: *Illud omne, quod notabiliter vel non leuiter, aut difficiliús redderet principem faciliorem ad concedendam gratiam exprimendum est, etsi omittatur, esset subreptitia.*

N.7. *Lo quarto,* porque aunque su Magestad cõceda facultad para hypotecar o vender los bienes de Mayorazgo, por causa justa de publica vtilidad, o particular de los mismos bienes, semper intelligitur sub conditione, de que no tenga el posseedor del Mayorazgo bienes libres, o otros efectos de q̃ poderse valer, y ocurrir a la necessidad, vt *arg. text. in l. pater filiũ in princ. ff. de leg. 2. docuit.* Molina *d. lib.4. cap.7. n.1.4. & 5.* ibi additionator plures refert. Y el Conde de Palma si hizo la leua de los 200 infantes, fue a costa de sus vassallos de la Villa de Palma, que le hizierõ esse seruicio, gastando todo lo que fue necessario desde que se começò a hazer la leua, hasta poner los soldados en la embarcacion: conque no tuuo necessidad de valerse de la facultad Real, ni grauar los bienes de su Mayorazgo cõ la imposiciõ del dicho tributo: ni pudo vsar della, siquidem aliunde se costearon los docientos infantes, q̃ fue la causa porquè se le hizo la gracia: & gratiæ causa cessante cessat gratia, *l. generaliter, C. de episcop. & cleric.* docet Abb. *in cap. super litteris de rescriptis* Y en terminos de nuestra facultad Real, Mieres *de Maioratibus,* 4. *p. q.* 4. ibi: *Nam pone quod fuit licentia impetrata ad obligandum bona maioratus pro dote filiæ, & antequam realiter obligentur bona, filia aliunde dotata est, an nihilominus ille, qui licentiam impetrauit, possit illa vti? In quo sic distinguo, nam siquidem*

dem antea quàm licentia vtatur, & re integra ceßet causa, ex qua licentia concessa fuit, & tunc cùm omnia sint integra, & causa cesset, debet cessare effectus secundùm iura Vulgata, Auendaño vbi sup. cap. 64. n. 1. intrepidè contendit, que al acreedor que dio el dinero, le incumbe la prueba de auerse conuertido en la causa expressa por la facultad Real, dum sic ait: *securè tenendũ est, prætium integré esse conuertendum in causam à Regia facultate designatam, & creditores id cauere, & probare teneri, quia cum forma concessionis facultatis causam nominatim designauerit, in quam prætium sit conuertendũ forma concessionis omnino seruanda est, ne actus corruat, & consequenter creditores obseruatam fuisse, probare debent.*

N. 8. Sin que sea releuante, si se dixere que por la mesma facultad se releua al que huuiesse de dar el dinero de la prueba de auerse conuertido en el efecto para què se concedio la facultad: porque esto procediera bien, si al mesmo dador del dinero no le constasse con tanta euidencia, como le costò a Don Luis Aluàres, que el dinero no sé tomaua a tributo para el efecto de la facultad Real, ni se conuertia en el, sino en otro muy diferente y contrario, como era hazer pago al mesmo Don Luis, de lo que el Conde le debia, coadjubando la fraude que en ello se hizo al Mayorazgo, grauandolo con tanta cantidad, sin causa justa q̃ para ello huuiesse: como bien consideró Molina Theolog *de iustitia, & iure, tomo 3. disputation. 651 n. 8. vers. Quod item dicit.* donde tempèra la opinion que tuuo el señor Luis de Molina *d. c.* 4. *n.* 47. affirmans, quod si ex facultate Regia vendatur res aliqua maioratus, vt ex pretio res alia in indiuiduo assignata ematur, & postquam fuerit empta euincatur â tertio, poterit maioratus possessor reivendicare rem illam, quæ ad emendam, quæ euicta est, fuit vendita. Lo qual admite Molina el Theologo, en caso que no huuo justissima causa para la enagenacion, y el cõprador lo supo, y en ello procedio con dolo: audi Molin. Theolog. ibi; *Satis est, vt causa, quæ tunc se offerebat, esset iusta, & rationabilis nullo interueniente dolo, aut scientia contraria ex parte huius emptoris.* De suerte, que en auiendo dolo y fraude ex parte contrahentis cum possessore maioratus, procede bien la opinion de el señor Molina, y es justissima: porque en toda disposicion dolus & fraus semper intelligitur excepta, *l. creditor, § huius, ff. commodat. l. in fraudem, ff. de iure fisci, leg. pater.* vbi Angelus notat, *ff. quæ in fraudem.* Rol. *consl.* 60. *n.* 42. *vol.* 4. Giurba *decis.* 112. n. 7. Thesaur. *lib. 2. foren. q.*

76.

76.*n.*13. Particeps enim fraudis fraudem fecisse videtur, *l. ait prætor*. in principio, ibi: *Sciente te*, & in §. *quod ait prætor*, ibi: *Quod ait prætor sciente, sic accipimus te cõscio, & fraudem participante*, ff. *quæ in fraud. & fraudi dolum in esse*, probat txs *in l. iuris gentium*, §. *si fraudandi*, ff. *de pactis*. Latê Balga. *de dolo lib.* 5. *cap.* 5. ædictoque teneri docet txs *in l.* 1. §. *hoc ædictum*, ibi: *Ædictum eum coercet, qui sciẽs eum in fraudem creditorum hoc facere, suscepit quod in fraudem creditorũ fiebat. Longé enim æquum est, ex eo quod perfidẽ gestum est actorem nihil consequi*, vt aiebat Marcellus apud Vlpianũ *in l.* 4. §. *Marcellus* 13. ff. *de doli mali, & metus excep.* Y pues coludio con el Conde, dañele su proprio hecho, *d. l.* 4. § illa 23. *Planẽ si mihi proponas* (inquit Vlpianus) *collusisse aliquem cum tutore, factũ suum ei nocebit.*

N.9 Y pondero yo por texto en proprios terminos, que prueba bien el auer procedido con dolo el dicho Don Luis Aluàres, la decision de Paulo Iurisconsulto *in l. seruus tuus*, ff. *de dolo malo*, donde propone, que vn esclauo debia a su señor cantidad de marauedis, y viendo que no tenia con què pagarle, le dixo, que los pidiesse prestados: hizolo el èsclauo, y pagò a su señor. Y porq̃ a el mutuante no le era vtil la accion de peculio, atenta la pobreza de el esclauo, ni podia cõpetirle cõtra el señor accion de in rem verso, supuesto que lo que recibio, le era debido, resuelue el Consulto ex Labeonis sententia, que le compete accion de dolo contra el señor del Esclauo. Ecce verba Pauli: *Seruus tuus cùm tibi deberet, nec soluendo esset hortatu tuo, pecuniam mutuam à me accepit, & tibi soluit. Labeo ait de dolo malo actionem in te dandam, quia nec de peculio vtilis sit, cùm in peculio nihil sit; nec in rem domini versum videatur, cúm ob debitum dominus acceperit.* Debia el Conde cantidad a D. Luis, como heredero de su padre, nec soluendo erat: acuerdan ambos entre si el pedir a su Magestad facultad para imponer sobre la Casa y Mayorazgo de Palma diez mil ducados a tributo, que se cõuiertan en pagar a Don Luis, lo que el Conde le debia, a que no estaua obligado el Mayorazgo, ni con sus bienes se le podia, ni debia satisfazer; y por este medio intẽtarõ grauarlo, y a todos los posseedores q̃ por tiẽpo fueren: dolũ igitur malũ cõmisisse D. Luis Aluàres, & doli actione teneri inficiari quis audebit? & consequenter doli mali exceptione repellendũ esse in præsenti. *l.* 2. ff. *de doli mali, & metus exceptione.* Ne dolus contra naturalem æquitatem prosit ei. *l.* 1. ff. *eodem.*

N 10 *Lo quinto*, porque debemos considerar, que mediante la facultad, vino el Conde a ser mandatario de la persona ficta, q̃ representa el Mayorazgo; porque como diximos n.3. maioratus agit, loquitur, & patitur, y el posseedor que por èl litiga, o haze contrato circa bona maioratus, eius nomine litigat. & contrahit, vt bene considerat Don Christoual de Paz. *d.c.43.n.7* ibi: *Quando disceptatio est super validitate maioratus, aut institutoris potentia, & voluntate, vel bonorum qualitate, alia ve simili causa, tunc enim sententia realis est, & primus contradictor nomine maioratus litigat, & contra ipsum maioratum sententia profertur, quamuis cõcipiatur in persona possessoris*; y que el mandato fue paraque sobre sus bienes impusiesse tributo de diez mil ducados de principal para costear la leua de los docientos infantes: si el Conde no lo hizo assi, y excediendo los limites del mãdato, hizo la imposicion en pago de lo que èl debia por si proprio, quien podrà negar que fue nula la imposicion? Porque el mandatario ad vngem debet custodire fines mandati, sin exceder en cosa alguna, *l. diligenter, ff. mandati, cap. cum dilecta, de rescriptis, cap. ei cui de præbendis in* 6. Tanto, que lo que èl debe, no lo puede compensar con lo que se le debe al mandante por el deudor, de quien ha de cobrar virtute mãdati, vt bene docuit Decius *cons.*493.*n.*10. Thesau. *lib.*4. *forẽs. q.*1.*n.*7. quinimo in dolo versari opinãtur; tũ Decius, ibi: *Quia procurator qui debet tractare negotia dñi, si eius propria negotia tractauit, sub colore mandati, videtur esse in dolo, & non obligat dñm; quia in quolibet mãdato intelligitur quod dolus absit. l. creditor, §. Lucius ff. mãdati.* Tũ Thesaur. ibi; *Visa enim fuit dominis illa administratio iniqua, & dolosa cum procurator, qui mandãtis negotium facere debebat proprium gessisset in præiuditiũ domini, &c.* Y mas a nuestro proposito Bald. *in l. creditor, §. Lucius, ff. mandati*, afirma quod procurator non potest pro eius proprio facto bona, & res domini obligare. Y procede aunq̃ el mandato se dè con amplissima y exuuerante facultad, ex *d. §. Lucius*, ibi; *Quæsitum est, si quid non administrandi animo, sed fraudalenter alienasset, vel mandasset, an valeret. Respondi eum, de quo quæreretur, plene quidem, sed quatenus res ex bona fide agenda esset, mãdasse* Y siendo como fue participe deste dolo y fraude el dicho D. Luis Aluàres, no es negable que le obsta, y causa perjuyzio, per ea quæ diximus supra num. 8. Y que la nulidad que tiene la imposicion de tributo, ex d. §. Lucius, procede tambiẽ respecto del dicho D. Luis, para no poder pedir en su virtud cosa alguna.

Viendo-

N.11. Viendose apretados dela dificultad que por los fundamẽtos dichos passa a terminos de euidẽcia y verdad innegable, procuran los Abogados del Doctor Augustin de el Carpio, con varias replicas enerbar las excepciones del Conde: a q̃ se respõde, discurriendo por cada vna de por si, para mayor claridad de lo que dixeremos.

Prima aduersariorum replicatio.

N.12. LO primero replîcan, que en el hecho no ay probança de lo que alega la Marquesa; no porque no ay muchos testigos de vista en todo, sino porque todos son vassallos del Conde, contra quien dizen, està la presuncion de q̃ dirian todo lo que su dueño quisiesse, y les mandasse.

Impugnatio.

N.13. ESta rèplica se impugna con tanta facilidad, que no necessita para ello mas que de traer a la memoria, que el ædicto de testibus es permissorio, y todos son buenos testigos, nisi expresse à lege prohibiti inueniantur, *l. 1.* ibi: *Adhiberi quoque testes possunt, & hi quibus non interdicitur testimoniũ, nec vlla lege á dicendo testimonio excusantur. ff. de testibus.* Y mejor y mas claro lo dixo el señor Rey Don Alonso *in l. 8. tit. 16. p. 3.* ibi: *Todo home a quien no fuere defendido por las leyes deste nuestro libro, puede ser testigo en juyzio, e fuera de juyzio.* De suerte q̃ para tachar a los testigos de la Marquesa, por razõ de ser vassallos y subditos ratione iurisdictionis, es necessario que nos dè ley de Partida, vel iuris nouioris, que expressamente prohiba y defienda el ser testigos por el dueño del lugar y señorio donde viuen, y a cuya jurisdicion se hallaren sujetos: y no se hallarà tal ley, ni la ay, aunque muy por menor se refieren *in d. l. 8.* y en otras de el mismo titulo, todos los que no pueden ser testigos. Y en terminos de derecho comun, es mas comũ y verdadera resolucion que el vassallo, o subdito, ratione iurisdictionis, non prohibetur testimonium ferre pro suo domino, vt post Bald. & alios docet Felinus *in cap. in litteris, n. 3. extra de testibut.* Afflictis *dec. 304. n. 7.* dixit veriorem, & magis cõmuniter receptam sententiam Farinacius *de testibus, q. 55. n. 204. in fine.* Et procedere affirmat etiam, si dominus in vassallum

merum, & mixtum imperium exercere valeat: & ita testatur iudicatũ in Senatu Neapolitano. Afflictis *d.decis.* 304. Y con ser de tan humilde y abatida condicion los Indios, y demasiadamente sujetos a sus Comendatarios, vt testatur el señor Don Iuan de Solorçano, *lib.1.de gurbar.Indi.cap.*27.*n.*25. & alibi passim: toda via es mas comun y practicada opinion, son buenos testigos pro cõmẽdatario, & è contra, vt resoluit Mageres *de aduocat.armata, c.*10.*n.*100. copiosè Calist⁹ Ramirez *de lege Regia*, §.24.*n.*7. el señor D. Iuã de Solorçano, vbi sup. *lib.*2 *cap.*24.*n.*111. Y aunque Farinacio con otros que cita n.207. pone por primera limitacion desta regla, vt procedat tantũ cum agitur de probando factum, vel dictũ in statu, & ditione domini, cuius testis productus est subditus, por assistirles la presumpcion de mejor informados de la verdad: & cũ aliter veritas haberi non possit, non est cur subditorũ, seu vassallorum testimonium improbetur; arg. *txs in l.consensu*, §. *seruis*, *C.de repudijs*. iunctis quę allegat Afflictis *d.dec.*304.*n.* 4. & ibi Vrsillus. En los terminos desta limitacion nos hallamos porque el hecho de que deponen los testigos de la Marquesa, todo passò en la Villa de Palma, donde viuia con su casa y familia el Conde, imponedor del tributo de que se trata.

N.14 Ni puede obstar a este discurso, y bien fundada resoluciõ, el texto *in l.idonei, ff. de testib.* donde el Iurisconsulto Rufino fue de parecer, que no son testigos idoneos aquellos, *quibus inperari potest vt testes fiant*, porque se debe entender de los hijos, esclauos y criados, a quien el padre, o señor propriè dicitur imperari, argumento *txs in l.velle non creditur, qui obsequitur imperio parentis, vel domini, ff. de regulis iuris.* Y assi entienden este texto Farinacio, y los que èl cita, *d.q.*55.*nu.*203. Y parece siguio este mismo entendimiento el señor Rey Don Alonso *in l.*18. *tit.*16.*p.*3. donde indiuiduando los que no son buenos testigos por aquellos que les pueden mandar lo sean, refiere a el hijo, al esclauo, al liberto, a el Mayordomo, al Quintero, a el Hortelano, al Molinero, y al apaniaguado; sin que haga mencion del vassallo, o subdito ratione jurisdictionis. Y verdaderamente q̃ ay razon para diferenciar los vnos delos otros: porque el hijo, criado, o esclauo estã mas llegados al padre, o señor, y mas dependientes de su voluntad; y cõ mayor dificultad se les dexa de obedecer, y hazer su gusto, por no caer en su desgracia e indignacion, y tenerlos siempre enojados

y ad-

y aduerſos, dandoles a cada paſſo con la inobediencia en la cara; quod graue malum eſſe quis ſanæ mentis negabit? A el Padre Thomas Sanchez le hizo tanta fuerça eſta circunſtancia, que juzgò ſer baſtante con el miedo reuerencial para q̃ ſe dê por ninguna la profeſsion *lib. 4. de matrimonio, diſputatione 6. n. 14.* audias obſecro Patrē illum dum ſic ait: *Hoc tamen moderarei, vt intelligatur quando indignatio illa patris, vel viri non diu permanebit; ſed ſpes eſt futuræ recōciliationis: ſi enim timeret probabiliter diuturnam fore indignationem, & ſemper ſe habiturum patrem, aut virū val de infeſtum, & indignatum, obiecturumque paſsim illam inobedientiam, crediderim eſſe timorem cadentem in virum conſtantem; quis enim vir cōſtans, aut prudens non reputabit graue malum ſemper coram oculis habere offenſum patrem, aut virum, aut alium, à quo pendet, & cum quo ſemper verſaturus eſt, maximè cùm vix inuenias, qui linguam moderari valeat; nec malè ſentiat, peiuſque loquatur de eo, cui infeſtus eſt.* Sequuntur Pater Leſius *de iuſt. lib. 2. cap. 17. dubio 6. n. 35.* Baſilius *de matrim. lib. 4. c. 5. n. 7.* conſonat nouiter Cabreros *de metu, c. 8. n. 92.* ibi: *Septimò, nullus maior metus poteſt inueniri, quàm indignatio ſuperioris, quæ accidet quoties eius voluntati non fit ſatis; ergo ſi inferior contrahat obnoxius obligationi non erit; nam id facit, ne iratum vultum potentis quotidie proſpiciat, & creſcat odium, iraque, ſicque compulſus operatur. Cæterùm & ſi quiſque ſuperior benè morigeratus ſit, & circunſpectus tamen ſi videt eius voluntatem deſeri, & reijci, ex eo iraſcitur, & ſemper terribilis exiſtit: quod vt ſubditus effugiat, non ſolùm contrahet, ſed ſe ſpoliabit, vt libitum ſuperioris adimpleat, ne ab eius gratia deflectet, quam pluris habet ne quotidie illum (ſub cuius ditione & imperio eſt) iratum inſpiciat, & indignatum habeat, & ab eo oculos abertat, quæ ſumma indignationis nota exiſtit Pſalm. 3.* ibi: *Abertente te autem faciem turbabuntur.* Lo qual no procede en los vaſſallos, que viuen de por ſi, y comen de ſu hazienda con vna dependencia muy remota de los ſeñores, en cuyo eſtado tienen ſus domicilios.

N. 15 Fuera de que, ſi por los ſeñores no pudieran teſtiguar ſus vaſſallos, ſaltem en aquellos negocios y hechos que paſſarō en el lugar y eſtado del ſeñor, ſequeretur exinde, quod dñs non inueniret teſtes in cauſis proprijs, que es vn abſurdo digno de reparo, vt poſt Feli. & alos animaduertit Farin. *d. q. 55. n. 203.* ſiendo aſsi que quādo la verdad no ſe puede ſaber de otro modo; admittuntur teſtes inhabiles, & minus idonei, vt de teſte affine, vel conſanguineo affirmarunt plures relati per Gabrielem *tit. de teſtibus cōcluſ. 13. n. 14.* & alij ſequuti per

Farin. *de test.q.54.n.76.* & de famulo domestico est txs. *in l.cõsensu,§.seruus,C.de repudijs,& in l.non omnes,§.à Barbaris,ff.de re militari,l.diuus,vers.sed si aliter veritas,ff.de quæst.cap.veniens*, el segundo: vbi notant omnes *de testib.cap.fin.* & ibi Abb. *not.2. de testib. cogendis*; plures authoritates cõgerit Farin. *de testib.q.62.n.* 50. Gesta namque domi per alienos non facilè probari possunt, vt loquendo in terminis de plagis illatis vxori docet *text. in d.l.consensu,§.seruus*, ibi: *Super plagis etiam (vt dictum est) illatis ab alterutro commouendis easdem probationes (quoniam non facilè, quæ domi geruntur per alienos potuerunt confiteri) volumus obseruari.* Y en este caso testes aliàs inhabiles integræ fidei reputantur, ex Decio *cons.342.n.3.& in cap.tertio loco,n.8.de probat.* Ant. Gabriel *d tit.de testibus*, vbi alios refert *conc.7.n.7.* Cephalus *cons.110. nu.30.lib.* Mascard. *de probat.lib.1 concl.124.n.44.& seqq.* quinimo in his, quę domi geruntur, maior fides datur domesticis, quam alijs, vt probat *txs in l.quoties,C.de naufragijs,lib.10.& in l.lex,quæ tutores,C.de administr.tut.& in cap.veniens de testibus,& cap.3.loco de probat.* Bart. *in d.l.quoties,in principio.* existimans in rebus, quæ intra nauem, & domum geruntur testes de naui, & de domo prius admittendos, & in eorum subsidio alios; sequitur Pax *sup.leges stili.l.62.scholio 5.n.30.* Aret. *cons.13.n.17.* Felin. *in cap.in litteris post n.6.de test.* cum alijs per Gabriel. *de test. concl.10.n.38.* Farin. *decis.147.p.1.n.4.& n.10.* ibi: *Nec obstat obiecta domesticitas, quia vt dictũ est, non minuit, sed potius auget fidem testis in hac materia ratione præsumptæ melioris scientiæ, & veritatis, vt per Purpur.cons.179.sub n.10.* Constat autem, que la verdad en el caso deste pleyto aliter haberi non potest, nisi per vassallos & subditos, supuesto que el hecho passò en la Villa de Palma, y en las casas del Conde.

N.16 Y quando se confessàra, que por ser subditos y vassallos del nueuo successor en la Casa de Palma, no son testigos omni exceptione maiores, adhuc se les debiera dar entera fee y credito, por ser el hecho de que deponen tan verosimil, como es, que Don Luis Aluàres no tenia por el año de treinta y cinco, quãdo parece auerse otorgado la imposicion de tributo, diez mil ducados de cõtado que dar al Conde de Palma, mayormẽte quãdo dize le estaua debiendo mas de quinze mil ducados de alcãce de quentas que tuuo con Antonio Perez de Aluàres: y quando la verosimilitud assiste a lo que depone el testigo, grandemente lo califica, *l.ob carmẽ,§.fin.ff. de*

de testibus, cap. in nostra, eod. titulo, docuit post Bald. Decium, Roland. Gabriel. Mascard. *de probat. conclus.* 1404. *ex n.* 4. vbi multis exornat exemplis. Simon de Petris *de interp. vlt. vol. lib.* 1. *solut.* 2. *n.* 2. asserens quod verosimile valdè elidit probationes & etiam coadiuuant illas. Casanate *cons.* 38. *n.* 31. *& cons* 39. *n.* 60. vbi quod nihil est, quod magis mouere iudicem debeat, quàm verosimilitudo. Y coarta el arbitrio que el Iuez tiene, secundùm illud *tu magis scire potest*, de quo *in l.* 3. *ff. de testibus*, ad tradita per Mascard. *d. conclus.* 1404. n. 17. & ex alijs tradit Tiraq. *in præfat. l. si vnquam, nu.* 51. *C. de reuo. donat.* Surd. *decis.* 231. *n.* 17. el señor Don Iuan del Castillo *lib.* 5. *c.* 63. *n.* 17. Verosimilitudo enim dicitur cognata naturæ, vt scripsit Bald. *cons.* 130 *n.* 3. *lib.* 3. & vulgò circumfertur quotidie, vt pluribus laudatis testatur el señor Don Iuan *d. cap.* 63. *num.* 8. & exinde falsitatis imaginẽ præseferre, quod à verosimili distat, dixit idẽ Baldus *in l.* 1. *C. de seruis fugi.* Mantica *lib.* 3. *coniect. vlt. vol. tit.* 19. *n.* 3. vbi quod allegãs verosimilitudinẽ dicitur allegare txm legis, quoniam lex iubet seruari, quod est verosimile, *l. semper in stipulationibus, ff, de reg. iuris*, y como bien afirmò Cacherano *decis.* 170. *n.* 9. qui a verosimili fundamẽtum sumit, dicitur arguere à ratione naturali.

N. 17 Y finalmente en materia de simulacion, bastan testigos, etiam minus idonei, vt multis relatis docet Hondedei *cons.* 46. *n.* 13. *lib.* Tuschus *lit.* 5. *conclus.* 263. *n.* 13. consentit Farinac. *de simulatione q.* 162. *n.* 129.

N. 18 Y no es menos digno de ponderar, que por la parte executante no se aya hecho probança de que el entrego del dinero fue efectiuo para la imposicion del dicho tributo; pues si huuiera sido cierto y no fingido y simulado, no podian faltar testigos con quien probarlo, siendo la cantidad tan grande: ponderacion de que hizieron mucha estimacion Bald. & Salicet. *in l. in bonæ fidei, C. de rebus creditis.* Bart. *in l. admonendi n.* 37. *ff. de iure iur.* & magis in specie dicit Aretin. *in cons.* 13. *& consil.* 82. quod vrget suspicio contra eum, qui aliquos tantùm produxit testes, cùm plures posset producere, sequitur Crauetta *cons.* 137. *n.* 28. & contra eum, qui nullum produxit testem, alegando hecho, que si fuesse cierto y verdadero, auria testigos que lo supiessen, vrgere præsumptionẽ dixit Surd. *cons.* 168. *n.* 35. *in fine*, ibi: *Secundus testis dicit bona hæc fuisse locata hominibus Pallazolij, & tamen neque vnus quidem testis è Pallazolio fuit* pro-

productus, propterea contra communitatem vrget mala præsumptio, mēda cij per c.x, quæ ponunt Bald. & Salicet. in l. bonæ fidei, C. de reb. creditis.

Secunda aduersariorum replicatio.

N.19 LO segundo replican, que lo que alega por excepcion la Marquesa, para desvanecer la via executiua, no es para los diez dias de la oposicion, por requerir altiorem indaginem, de la que puede auer en el termino de los diez dias de la oposició, y que como tal, se debe reseruar para vn juyzio ordinario, sin retardar la execucion de el instrumento, y paga de los corridos de el tributo.

Impugnatio.

N.20 LAs excepciones de la Marquesa consisten, en que entre el Conde de Palma, y Don Luis de Aluàres, se simulò daua diez mil ducados a tributo, para la leua de los docientos infantes en conformidad de la facultad Real, no siédo esto enla verdad asi, por no auer dado dinero alguno D. Luis, y auerle otorgado la imposicion de tributo, para en pago de lo que dezia deberle el Conde por alcance de las quétas que con su padre auia tenido, no lo pudiendo hazer, en perjuyzio de los sucessores de la Casa de Palma, y en fraude de la ley, que prohibe la enagenacion de los bienes de Mayorazgo, y cooperando en el dolo y fraude Don Luis Aluàres, de suerte que se reduzen a excepcion de nulidad y de simulacion fraudalenta y dolosa. Y que estas seã excepciones de los diez dias, con euidencia se prueba con los fundamentos siguientes.

N.21 *Lo primero*, porque aũque en otros Reynos son pocas y señaladas las excepciones que se admiten contra el instrumento guarentigio, vel camerali obligatione vallatum, con denegacion expressa de las demas: apud nos certò certius est, q̃ se deben admitir todas las excepciones que fueré legitimas y liquidables en los diez dias de la oposicion, per textum *in l.2.* ibi: *Saluo si basta diez dias mostráre la tal paga, o legitima excepcion*. tit.21. lib.4. recopilat. y es comunissima opinion, y la siguen Bobadilla *in politica lib.3.c.14.n.30.* Did Castellus *n.88.* & Palacius, Rubeus *in fine*, vterq; *in l.64. Tauri.* Rodericus Iuarez

rez *ad l.post rem iudicatam,ff.de re iud.in declara.leg. Regni,limit.12. vers.venio ad secundam partẽ,n.1.& 2.* Ioan. Orosciu *ad l.tale pactum,n.43.in fin.ff.de pactis.* Auiles *in capitibus Prætor.cap.10. verbo execucion.n.63.vers.quia contrarium.* Gregor.Lopez *ad l.10.gloss. 4.tit.12.p.5.* latè comprobant,& praxi receptũ affirmant Didac.Perez *in l.4.tit.8.lib.3.ordi.verb.ninguna, ni alguna excepcion. & verb.que de derecho.* Azeued. *in d.l.1.tit.21.lib.4.á n.59. & nu. 158.* Pax *in praxi,tom.1.p.4.cap.3.n.35.* Gutier.*practicar. lib.1.q. 111.& tract.de gabellis,q.167.n.2.3.& 4.* Villadiego *in politica,c. 2.n.115.* Amador Rodriguez *de execut.cap.6.ex nu.1.* Morla *in emp.tit.5.q.3.n.22.* Auendaño *de censib.cap.98.n.10.& n.12.* D. Pichard. *in manuduct. p.2.§.13.n.2.ad fin.* D. Pedro Noguerol. *allegat.31.n.32,* nouissimè el señor D.Ioseph Vela *dissertat.14. n.12.* vbi praxi receptum tã in nostro Hispalensi, quàm Granatensi Senatu testatur, & n.16.sic ait: *Vbi itaque exceptionis probatio intra decem dies facienda offertur, vtique admitti debet, eaque facta minimè realis executio decernenda est, sed deneganda potiùs, ac de facto per inferiorem iudicem decreta per superiorem reuocari debet, vt reuocata est me iudice in Granatensi Prætorio.* Aliàs enim (vt verbis Aceueti vtar *in d.l.1.n.61.*) *quasi in humanum videretur condemnare illũ in via executiua, qui stante exceptionis oppositione veniret absoluẽdus omnino, propterea quod non esset exceptio illa in l. expresse permissum, vt opponi posset: & ideo vera, iusta, & æqua opinio, & in practica recepta hæc est, vt omnis legitima exceptio admittatur, neque per legem nostram exclusa censeatur, quantumuis in ea expressa non sit.* Y va hablando el señor D. Ioseph, de la excepcion de adulterio q̃ vno oponia contra los herederos de su muger, que le executauan por la dote: y se defendia diziẽdo, que le auia cometido adulterio, por lo qual auia perdido la dote; y que aũque fuesse muerta, toda via in vim excepcionis lo podia oponer ad amissioné dotis: y sin embargo de tener esta excepciõ tãto de dificultad assi enel hecho, como enel derecho, como se comprueba biẽ por lo que junta à nu.17. adhuc se dio la execucion por ninguna, por sentencias de vista y reuista. Y con mayor razon juzgara lo mesmo en el caso presente, pues el hecho no tiene nada de intrincado, y està probado con muchos testigos de vista. Y en el derecho es mucho mas llana, por los fundamentos que juntamos supra à n 1. vsque n.10. como quiera q̃ ninguna excepcion que consiste en derecho, por difultoso q̃ sea el punto, se puede contar entre las excepciones q̃ requi-

 runt

runt altiorem indaginem: exceptio quippe iuris, seu in iure consistens, dicitur semper liquida, teste Gratiano *discept.692. num.36. & disceptat.740.n.47.* Mastrillo *decis.8.n.* 8. Fontanel. *decis.133.n.15.* Merlinus *controuer.forens.cap.76.n.* 7. mayormẽte quãdo se ha de juzgar por hombres doctos, vt dicebat Laderchus Immolensis *cons.123.n.*1. que fue lo mesmo que ponderò en su caso Fontanella *d.n.15.* ibi: *Maximè vbi causa sicut hic agitur coram doctissimis viris.* tunc enim dicitur exceptio continere altiorẽ indaginem, cùm dubium est in facto, vt relatis Gozad. & Socin. dixit Surdus *cons.99.n.*10.

N.22 Y es buena prueba de q̃ la ley del Reyno no quiso excluir las excepciones que requirunt altiorem indaginem, pues admitio nominatim muchas que lo requieren, y piden mucho conocimiento de causa, como es la excepcion de miedo o fuerça, que de suyo requieren mayor conocimiento de causa, teste Gratiano *discept.895.n.6.* quem sequitur Fontanel. *decis.139.n.7.* y la de falsedad, y otras que no se puede negar requieren mayor conocimiento de causa, y sin embargo la ley las legitima para la via executiua, con solo que se pruebẽ en los diez dias. Lo qual es argumento euidente de que la ley solo atendio a q̃ la excepcion fuesse legitima, esto es, no friuola, y que se probasse en el termino de los diez dias que para ello señalò. Y siguiendo este mismo discurso Auendaño *in tractat. de censibus, cap.98.n.*12. mirificè loquitur, & practicè satis, dum sic ait: *In secundo tamen tempore, scilicet, ad impediendũ effectum executionis consideratur, an illæ, quæ requirunt altiorem indaginẽ in continenti, id est intra decem dies probentur, nec ne: & si non probantur, nulla est quæstio; sin verò probatæ sint, & ab actore petente executionem non impugnentur, vel si eas contradiceret, nihil probaret; etiam impedire debeant, cùm legitimæ sint, & probatæ; vt quia sola impugnatio actoris, vel earum natura non eas reijciat. Et si actor replicaret, quòd in eius præiudicium exceptiones illæ abreuiantur, vt quia cũ sint actiones ordinariæ, & requirentes altiorem indaginem in iuditio ordinario, includantur: & inde citationes, termini, probationes, conclusiones causarum, atque testium reprobationes abbreuientur contra naturam iudicij ordinarij; facilè respõdetur, quòd cùm actor, vel non impugnauerit eas, vel impugnationem non probauerit, & reus liquidissimis probationibus se defenderet, curandũ non est de futuro actionis euentu, qui non expectat ad iudicem, sed de præsenti veritate rei, qui ius exequendi in continenti excludit: si enim exceptio solutionis, vel aliæ legitimæ legis, quæ de sui natura requirunt longam discepta-*

tatio-

tationem, iuditiumque ordinarium probatæ in termino decem dierum executionem excludunt, cur non cæteræ omnes legitimæ in eo termino euidenter probatæ eam non excluderent, ignoro. Et paulo post, ibi: *Sed his nõ obstantibus, etiam pugnante actore, recipiendæ sunt in eo iuditio summario omnes exceptiones legitimæ, quantumcumque requirant altiorem indaginem, seu amplissimam cognitionem, etsi probentur in progressu executionis proficerent reo; quod apertissimé probatur ex his legibus regijs, atque ex omnibus supradictis. Neque obstabit præiuditium actoris, equidem duobus remedijs notissimis vti poterit, agere nempé si fortê condemnetur in secunda instantia, vel etiam in executiua petere quod terminus prorrogetur.*

N.23 Y por ampliacion de la ley del Reyno, y comun opinion de los Regnicolas, y mas euidécia de la justicia dela Marquesa, no puedo dexar de traer a la memoria vna decision de la Rota, referida por Farin. *tom. 1. decis. 526.* donde en el n. 8. dize que es regular en todos los juyzios, que la excepcion que segun la naturaleza del juyzio minimè admitteretur, se debe admitir si in continenti probetur. Y en el n. 12. afirma, q̃ aun que con la tal excepcion se ocasione al actor a que replique algo q̃ requiera discusion y conocimiento de causa, no por esso se aurâ de menospreciar la excepcion del reo, que se halla en el termino legal, liquida y probada concluyentemente. Audias obsecro verba Rotę Romanę dum sic ait: *Ex istis patet, quod exceptio ex parte filiorum Antonij est in continenti probata, & quod si remanet aliud discutiendum, quod hoc prouenit ex replicatione domini Pyrri; quod non facit, vt exceptio debeat reijci, tanquam requirẽs altiorem indaginem. Afflictis decis. 63. Puteus decis. 243. lib. 3.* refert, & sequitur Fontanell. *d. decis. 139. n. 17.*

N.24 Y porque todos los autores citados, y otros muchos que ellos refieren, admiten todas las excepciones legitimas in iuditijs executiuis, vel summarijs, etiam si altioré requirant indaginem, con calidad de que se puedan probar y prueben incontinenti, es necessario ver quando se dira la excepcion probabilis incontinenti: en lo qual ay diferétes opiniones, la mas comun es, quod relinquitur arbitrio iudicis, vt post alios, quos allegant, docet Cephal. *cons. 541. n. 12. lib. 4.* Riminald. Iuni. *cons. 404. n. 43. lib. 3.* Menoch. *de arbitr. casu 20. n. 3.* Cõtardus *de momentanea possess. limit. 12. n. 3.* Grasus *vbi supra, excep. 7. n. 8.* Pacificus *de salui. interdi. inspect. 2. c. 2. n. 129.* Fontanel. *decisione 133. num. 16.* Lo qual no procede en caso, quod certus terminus assignatus fuerit instantiæ & processui, quippe tunc dicun-

dicuntur incontinenti probari exceptiones, si intra illud tẽpus probentur, vt tradunt & explicant Asinius *in praxi, §. 18. cap. 4.* Azeuedo *in l. 1. tit. 5. lib. 4. recop. nu. 158.* D. Ioseph Vela *discept. 14. n. 10.* Molin. *l. cap. 4. n. fin. & lib. 3. cap. 13. n. 16.* ibi: *Dicetur autem exceptiones huiusmodi incontinenti probari: quando intra terminum à iure assignatum instantiæ, & processui principali probantur, sicque communiter obseruari solitum est.* Y aunque la probança se haga, no por instrumentos, sino por testigos, adhuc dicitur fieri in continenti. Surd. *d. cons. 99. n. 39.* ibi: *Et hæc probatio potest in continenti fieri, licèt producantur testes, quia etiam vbi probatio fieri debet incontinenti, testes produci possunt, quia breui temporis spacio recipi possunt.* Y supuesto que tenemos ley de el Reyno, que señala termino cierto, scilicet, decem dierum, para que en ellos se aleguẽ y prueben las excepciones opuestas por los reos executados, ex d. l. 2. ibi: *Saluo si dentro de diez dias mostrare la tal paga o legitima excepcion.* es fuerça confessar, que de iure Regni omnes exceptiones dicuntur incontinenti probari, cùm intra decem dies fuerint probatę. Y assi lo tienen por llano Greg. Lopez *in l. 20. tit. 14. p. 5. glos. 6.* Parlador. *d. § 11. n. 40.* el señor Don Ioseph Vela *d. dissert. 14. n. 11.* Con esta obligacion cumplio exactamente la Marquesa, porq̃ dentro de los diez dias probò plenissimamente todas sus excepciones, assi con testigos, como con instrumentos y fuertes presunciones, q̃ dexamos ponderadas; tanto, que no dexan razon de dudar en el hecho; ni aurà entẽdimiento que se persuada a creer, que no passò assi, como lo alega en sus escritos.

N. 25 *Lo segundo*, porque la excepcion de nullidad, es tan de los diez dias, q̃ con ser Parladorio acerrimo defensor de la opinion que pocos tuuieron, de que no se deben admitir en la via executiua mas excepciones de las expressadas nominatim *in d. l. 1. tit. 21. lib. 4. recop.* toda via admitio la excepciõ de nulidad, q̃ no està expressada *in d. l. 1.* como se puede ver *lib. 2. quotid. cap. fin. p. 5. § 11. n. 11.* y dà la razon, ibi: *Cùm id, quod irritum est, nec nomen quidem mereatur, l. 4. §. condemnatum, ff. de re iudicata, l. statutis, C. de sentent. ex breui loq. reci. Clement. Pastoral. de re iudicata.* y va hablando, no solamente de la nulidad del instrumento, sino tambien de la nulidad del contrato: de que infiere en el *n. 12.* deberse admitir en la via executiua la excepcion de nouacion, quia per nouationem contractus euanescit, *l. 2. C. de nouat. l. 2. C. de execut. rei iudicat.* audi Parladorium, ibi: *Qua quidem*

dem ratione, & nouationis exceptionem admittendam esse dicendum est, cùm per nouationem contractus vires euanescant. Y en el *n.13.* admite la excepcion de transaccion; y en el *n.14.* admite la excepcion de simulacion; y dà la razon, ibi: *Sed & quando nullitatis exceptio ex omnium sententia aduersus instrumentum recipitur dicendum est, & simulationis exceptionem admittendam esse, nam simulatus contractus nullus est, l. simulatæ, ff. de ritu nupt. l. nuda, ff. de contrahẽda empione.* Y aunque en esta excepcion de simulacion refiere dos opiniones contrarias, y confiessa por mas comun la opinion afirmatiua, despues en el *n.16.* dize, que no tiene cõtrouersia el deberse admitir quando el contrato es simulado in fraudẽ legis, quippe qui nullus sit, & improbus: sic enim ait Parlad. *Illud tamen est sine controuersia, si contractus in fraudem legis simulatus sit, exequendum non esse, quippe qui nullus sit, & improbus.* Esta mesma opinion, scilicet, quòd nullitatis exceptio est legitima, y de la via executiua, defiende Didacus Perez *in l.3. tit.8. lib.3. vers. exceptio nullitatis.* Gutierr. *lib.1. pract. q.111. n.3.* Azeuedo *in d. l.1. n.59.* dum tamen probetur intra decimum diem oppositionis.

N.26 Y hablando en nuestros proprios terminos de cẽso, quod nullitatis exceptio incontinẽti probata, retardet executionem instrumenti census, docent Benedictus Bartius *in tract. de guarentigia, p.3. q 19.* Ant. Canar. *in tract. de execut. instrum. q.11. n.21.* Gallesius *ad form. Cameral. oblig. q.3. n.3.* vbi alios cõgerit Follerius *in sua practi. censuali, in verb. quæ quidem executio, n.4. & n.12.* Grassus *de exceptionibus, excep.20. n.5.* siue nullitas proponatur aduersus instrumentum, siue aduersus contractum cẽsus, vt in expresso docent Rimi. Seni. *cõs.89. n.6. lib.1.* Socin. Sen. *cons.78. n.4. vers. Respondeo, iuncto nu.5. in principio, lib.3.* Grama. *consil. ciuili 95. n.34.* Romanus *cons.42. n.2.* Grassus *except. 20. n.6.* Asinius *de execut. instru. §.2. c.21. n.* Rodericus Suarez *ad l. postrem. iudicatam, ff. de re iudicata.*

N.27 De que se consigue, que si mostràremos que entre las demas excepciones de que opone la Marquesa, caput extollit & principatum obtinet la excepcion de nulidad el contrato de censo que se trata de executar, habebimus intentum, y procederà sin dificultad el ser excepciõ lo que alega de la via executiua: para lo qual no solamente pondero la nulidad

dad de la facultad Real, por la subreccion con que se ganò, de quo supra *n.1.* sino tãbien, & magis principaliter la simulacion dolosa y fraudalenta que huuo en la dicha constitucion de censo, ex latè dictis supra à n. 8. en òrden a defraudar la disposicion de la ley, que prohibe la enagenacion de los bienes de Mayorazgo, *l. si quis ita, §. ea lege, C. de condi. ob caus. si mutent. res quæ, C. communia de leg. l. pto, §. prædiũ. & §. fratre, ff. de leg. 3.* docuit Molina *de primog. lib. 4. c. 1. n. 2.* Mieres *de maioratibus, 4. p. q. 140*

N. 28 Y no recibe duda que quando se simula vn contrato por otro, el hecho in fraudem legis nullius est momenti, ac viribus euacuatur, *leg. non dubium, C. de leg. l. 1. C. de eunuchis, lib. 11.* txs expressus *in l. Sulpitius, ff. de donat. int. vir. & vxor. & l. si filia, ff de diuortijs.* Et quodcumque factum fuerit, in fraudẽ legis non valebit. *l. contra legem,* & ibi DD. *l. filius enim, ff. de legibus.* Gloss. final. *in cap. quanto, de priuileg.* Cardoso *in praxi, lit. D. verb. dolus. num. fin.* Hermosilla *in addi. ad l. 57. gloss. 2. tit. 5. p. 5. n. 18.* Parlador. *vbi sup. d. n. 16.* Farin. *cons. 81. n 3. n. 1. & decis. 44. nu 6.* benè Molina *de primog. lib. 2. cap. 10. n. 39* dum sic ait: *Id ipsum probatur ex pluribus alijs iuribus, quæ in id tendũt, quod quando nõ potest fieri aliqua dispositio, & aliqua quæ fieri potest aliquo colore quæsito, in eius locũ subrogatur, valida non sit, quasi id in fraudem primæ dispositionis, quæ fieri non poterat, factum esse censeatur.* Et quidem ipso iure rescinditur, quod fraudandi legis gratia factum est; suntque clausulæ, & alia in eo contenta, simulata & nulla, vt relato Deciano, Beccio, & Petrocha, dixit Giurba *d, decis. 85. n. 28.* Tuscus *lit. S. conclus. 265. n. 13.*

N. 29 Referimos el hecho deste pleyto, y desde el *numero 1.* hasta el *numero* 10. inclusiuè, fundamos auer sido nulla la inposiciõ de tributo, que hizo el Conde de Palma sobre los bienes de estado, en fauor de D. Luis Aluàres; y desde el *nu. 13.* hasta el *nu. 18.* inclusiuè, fundamos ser buenos testigos los presentados por la Marquesa de Almenara, y deberseles dar fee y credito, para que se aya por bien probado todo lo que deduxo la Marquesa, y articulò en el hecho de sus excepciones. Y desde el *n. 20.* hasta el *n. 26.* inclusiuè, fundamos con toda euidẽcia, que las excepciones opuestas por la Marquesa, son legitimas y de la via executiua, y que estando como estan probadas

das plenamente, deben impedir el remate. Conque parece queda llana la juſticia de la Marqueſa, y del Conde de Palma ſu hijo, para que ſe confirme la ſentencia de el Alcalde Don Iuan de Leon, que dio por ninguna la execucion; ſaluo en todo la dignìſsima correccion de v.m. cuius auſpicijs hęc omnia.

Lic. D. Diego de Cuellar Velazquez.